


La responsabilità professionale del medico e dell'avvocato: una ricerca di diritto comparato



Domitilla Vanni

SOMMARIO: 1. Cenni sulla responsabilità medica in Italia. – 2. La responsabilità medica nel *common law* inglese: il *Bolam Test*. – 3. Cenni sulla responsabilità del professionista forense in Italia. – 4. Cenni sulla responsabilità dell'avvocato negli ordinamenti di *common law*. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Cenni sulla responsabilità medica in Italia

Negli ultimi decenni la responsabilità medica ha subito significativi mutamenti sotto il profilo della sua stessa natura e, conseguentemente, dei rimedi esperibili dai soggetti danneggiati. Mentre nel passato essa era esclusivamente riconducibile all'area della responsabilità extracontrattuale¹, da alcuni decenni essa viene qualificata in senso contrattuale², con un miglioramento delle prospettive risarcitorie dei soggetti danneggiati.

Il tema è di particolare importanza ed ha delle ricadute sul piano del diritto sostanziale, atteso che, come rilevato da autorevole dottrina³, ascrivere un danno alla disciplina della responsabilità contrattuale o a quella della responsabilità aquiliana non ha riflessi soltanto sul regime di responsabilità ma comporta, a monte, l'affermazione o l'inesistenza di situazioni giuridiche soggettive idonee a fungere da modello di condotta. La responsabilità aquiliana è, infatti, di per sé caratterizzata – nell'ordinamento italiano – dall'assenza di doveri di comportamento rivolti a favore di persone determinate. È la lesione della sfera giuridica altrui e di una specifica situazione giuridica soggettiva – la cui esistenza va preliminarmente accertata – che genera la

¹ Sulla responsabilità extracontrattuale in prospettiva comparatistica v. SERIO, *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, Giappichelli, 2007.

² Sulla diversità tra le due forme di responsabilità v. Cass. 23 ottobre 2002, n. 14934 in *Nuova giur. comm.*, 2004, I, 116, secondo cui non soltanto esse divergono sia per *petitum* che per *causa petendi* ma sorgono l'una dalla violazione di un obbligo, l'altra dalla lesione di un diritto.

³ V. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, 2006, 457.

responsabilità aquiliana; viceversa la responsabilità contrattuale sorge dalla violazione di un obbligo che si assume violato, preesistente alla condotta generatrice di responsabilità.

Preliminarmente va segnalato che si tratta di un mutamento che, seppur sollecitato da fondamentali apporti dottrinali, può essere agevolmente ricostruito attraverso l'opera interpretativa della giurisprudenza, in particolare della giurisprudenza di legittimità, che, in riforma di decisioni rese dai giudici di merito (ed in particolare da Corti di Appello) è pervenuta alla qualificazione in senso contrattuale di fattispecie di responsabilità professionale, specialmente in controversie nascenti da interventi chirurgici. In particolare, in maniera esplicita, la Suprema Corte⁴, consolidando il progresso e fino a quel momento incerto orientamento, ha applicato i principi della responsabilità contrattuale in una fattispecie di danno conseguente ad un intervento di rinoplastica non correttamente eseguito, riformando parzialmente la sentenza di appello che, sulla base del più gravoso regime probatorio della responsabilità *ex art.* 2043 c.c., aveva rigettato la domanda risarcitoria del paziente per difetto di prova delle cause dell'insuccesso del professionista: tale onere secondo la Cassazione incomberebbe senza alcun dubbio sul professionista o sulla struttura sanitaria⁵. La Su-

⁴ In particolare con la sentenza Cass. 13 aprile 2007 n. 8826, in cui l'attrice proponeva, nei confronti del medico e della struttura ospedaliera, domanda di risarcimento dei danni patiti in conseguenza di intervento di settorinoplastica, deducendo di soffrire ancora degli stessi disturbi che l'avevano indotta a sottoporsi al suddetto intervento chirurgico, con aggravamento altresì del difetto estetico all'epoca lamentato. In quella sede la Corte affermò l'inquadramento sia della responsabilità dell'ente ospedaliero sia di quella del medico nell'ambito della responsabilità contrattuale. Infatti l'accettazione del paziente in una struttura (pubblica o privata) deputata a fornire assistenza sanitaria-ospedaliera, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto (conformemente a precedenti pronunce, v. Cass., 22390/06; Cass., 12362/06; Cass., 9085/06; Cass., 1698/06; 10297/04; Cass., 11316/03; 11001/03; Cass., 3492/02; Cass., 9198/99; Cass., 589/99; Cass., 12233/98; Cass., 7336/98; Cass., 4152/95; Cass., 5939/93; Cass., 6707/88; Cass., 2144/88; Cass., 1716/79; Cass., 6141/78) di prestazione d'opera atipico di ospedalità, essendo essa tenuta ad una prestazione complessa che non si esaurisce nella prestazione delle cure mediche e di quelle chirurgiche (generali e specialistiche) già prescritte dall'articolo 2 legge n. 132/68, ma si estende ad una serie di altre prestazioni, quali la messa a disposizione di personale medico ausiliario e di personale paramedico, di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle *lato sensu* alberghiere (come disposto altresì da Cass., 1698/06; Cass., 13066/04; Cassazione, Su, 9556/02; Cass., 589/99; Cass., 6141/78). Ne consegue, a tale stregua, che la responsabilità dell'ente ospedaliero ha natura contrattuale sia in relazione a propri fatti d'inadempimento (ad es., in ragione della carente o inefficiente organizzazione relativa alle attrezzature o alla messa a disposizione di medicinali o del personale medico ausiliario e paramedico, o alle prestazioni di carattere alberghiero) sia per quanto concerne il comportamento in particolare dei medici dipendenti, trovando nel caso applicazione la regola posta dall'articolo 1228 c.c., secondo cui il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro (v. Cass., 12362/06; Cass., 4400/04; Cass., 103/99) ancorché non siano alle sue dipendenze (v. Cass., 1883/98; Cass., 1855/89).

⁵ Secondo Cass., Sez. Un. 11 gennaio 2008, n. 577 (in tema di responsabilità da emotrasfusione) il creditore-paziente non può limitarsi ad allegare un inadempimento, qualunque esso sia, ma deve provare un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno. Il debitore-medico ha l'onere di provare l'esatto adempimento, cioè di aver tenuto un comportamento diligente, e che l'esito negativo della sua attività è riconducibile ad eventi imprevedibili e inevitabili, *ex art.* 1218 c.c. Secondo Cass., sez. civile III, 9 ottobre 2012, n. 17143 sul paziente incombe soltanto l'onere di dimostrare il mancato raggiungimento del risultato, mentre il medico, per giustificarsi dalla presunta colpa, dovrà provare la corretta esecuzione della prestazione. Quindi, il danneggiato è tenuto a provare il contratto e ad allegare la difformità della prestazione ricevuta rispetto al modello normalmente realizzato da una condotta improntata alla dovuta diligenza; mentre al debitore, presunta la colpa, incombe l'onere

prema Corte, in quella occasione, ha sancito espressamente il principio di diritto secondo cui la responsabilità dell'ente ospedaliero ha natura contrattuale sia in relazione a propri fatti d'inadempimento (ad es., in ragione della carente o inefficiente organizzazione relativa alle attrezzature o alla messa a disposizione di medicinali o del personale medico ausiliario e paramedico, o alle prestazioni di carattere alberghiero) sia per quanto concerne il comportamento di medici dipendenti, trovando applicazione la regola posta dall'articolo 1228 c.c., secondo cui il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro.

È interessante esaminare le tappe dell'*iter* attraverso il quale si è pervenuti a questo innovativo orientamento giurisprudenziale e quali le conseguenze sul piano della disciplina.

Partendo dal codice civile del 1942, non può tacersi il fatto che per lungo tempo nell'ambito privatistico questo tema sia stato considerato marginale. Parlare di responsabilità medica significava alludere ai profili penalistici e non a quelli civilistici.

Negli anni '70, durante la stagione della riscoperta della responsabilità civile, il tema della responsabilità del medico ha acquistato una sua connotazione civilistica, profilandosi come responsabilità aquiliana assoggettata alle regole dell'art. 2043 c.c., e subordinando la risarcibilità del danno alla prova, da parte del paziente, della colpa del medico nonché del nesso causale tra questa e il danno subito⁶. In ogni caso, anche qualora fossero stati provati sia la colpa che il nesso causale, al medico era consentito invocare l'esistenza di "speciali difficoltà" ai sensi del 2236 c.c. sulla responsabilità del prestatore d'opera al fine di elevare la soglia della responsabilità allo stato psicologico del dolo o, almeno, della colpa grave⁷.

!

di provare che l'inesattezza della prestazione dipende da causa a lui non imputabile, e cioè la prova del fatto impeditivo. L'inadempimento del medico, tuttavia, non può essere desunto *ipso facto* dal mancato risultato utile avuto di mira dal cliente, ma deve essere valutata alla stregua dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale.

⁶ Particolarmente controversa era in giurisprudenza la natura della responsabilità del medico dipendente di una struttura pubblica nei confronti del paziente. Secondo un primo orientamento (Cass. 8 marzo 1979, n. 1716; Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141; Cass. 26 marzo 1990, n. 2428; Cass. 13 marzo 1998, n. 2750) l'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assume a proprio carico, nei confronti del malato, l'obbligazione di compiere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione patologica del paziente preso in cura. Poiché a questo rapporto contrattuale non partecipa il medico dipendente, che provvede allo svolgimento dell'attività diagnostica o terapeutica, quale organo dell'ente ospedaliero, la responsabilità del predetto sanitario verso il paziente per danno cagionato da un suo danno diagnostico o terapeutico era soltanto extracontrattuale, con la conseguenza che il diritto al risarcimento del danno spettante al paziente si prescriveva in cinque anni.

⁷ Se l'intervento implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, ex art. 2236 c.c., allora il paziente deve provare il dolo o la colpa grave, mentre negli altri casi il medico deve dimostrare, per esimersi da responsabilità, che la propria diligenza sia adeguata in base alla difficoltà dell'intervento. Così Cass. S.U. 6 maggio 1971, n. 1282; Cass., sez. III, 18 novembre 1997, n. 11440: più recentemente, nello stesso senso, Cass. civ., sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, 26. Criterio di valutazione della colpa è la diligenza (art. 1176 c.c.): è in colpa chi non ha tenuto una condotta diligente, cioè una condotta che qualsiasi altra persona, investita del medesimo incarico, avrebbe tenuto nelle stesse circostanze. Il chirurgo tuttavia, in quanto svolgente un'attività a contenuto professionale, nell'adempimento delle proprie obbligazioni è tenuto non già alla diligenza generica del bonus *paterfamilias*, ma alla più

Era cioè pacifico, in giurisprudenza, che la natura extra-contrattuale dell'illecito del medico-dipendente non ostava all'applicazione analogica dell'art. 2236 c.c., sul contratto di prestazione d'opera, in quanto la *ratio* di questa norma consiste nella necessità di non mortificare l'iniziativa del professionista nella risoluzione di casi di particolare difficoltà e ricorre, pertanto, indipendentemente dalla qualificazione dell'illecito.

Nel tempo la collocazione dell'attività del medico – soprattutto se dipendente della struttura sanitaria – nell'ambito della responsabilità extra-contrattuale non è apparsa persuasiva. In primo luogo perché proprio colui che appresta le cure al paziente su designazione della struttura sanitaria, viene considerato, in caso di insuccesso, come l'autore di un qualsiasi fatto illecito, con evidente scollamento tra forma giuridica e realtà materiale. In secondo luogo questa impostazione riduce al momento finale, cioè al danno, una vicenda che non si origina dal danno – come nelle ipotesi di responsabilità aquiliana⁸ – ma si struttura ancor prima come vero e proprio “rapporto”, in cui il paziente, quanto meno in punto di fatto, si affida alle cure del medico ed il medico accetta di prestargliele. Infine, se la responsabilità del medico fosse rimasta ristretta esclusivamente nell'ambito della responsabilità aquiliana, essa sarebbe stata configurabile solo nel caso di lesione del diritto alla salute del paziente conseguente all'attività del sanitario e quindi di violazione dell'obbligo di protezione dell'altrui sfera giuridica (inteso come interesse negativo). In altri termini la responsabilità aquiliana del medico, intesa come conseguenza della violazione del principio *alterum non laedere*, sarebbe configurabile solo allorché, per effetto del comportamento del sanitario, caratterizzato dalla colpa, il paziente si trovi in una posizione peggiore rispetto a quella precedente il contatto con il medico. Se, invece, il paziente non realizzasse il risultato positivo che, secondo le normali tecniche sanitarie, avrebbe dovuto raggiungere, ma, ciononostante, non fosse “peggiorato”, non sarebbe configurabile una responsabilità aquiliana del medico, per il semplice fatto che egli non abbia subito un danno rispetto alla situazione *qua ante*, solo mancando di raggiungere il risultato positivo (o migliorativo), dovutogli in ambito contrattuale (e quindi da parte dell'ente ospedaliero)⁹.

Così, a partire dagli anni '80 la prospettiva muta perché la forte domanda di giustizia, determinata dall'incremento del numero dei sinistri avvenuti in ambito sanitario, spinge verso l'utilizzazione delle regole in materia di responsabilità contrattuale, atteso che l'esistenza di un rapporto contrattuale nel rapporto tra medico e paziente non è stata mai negata e porta all'applicazione del principio del cumulo delle azioni

accurata diligenza esigibile dall'*homo eiusdem generis et condicionis*. Secondo la Cassazione, la diligenza esigibile dal medico deve essere “superiore alla media” nel senso che la diligenza che “deve impiegare il medico nello svolgimento della professione è quella del regolato ed accorto professionista, ossia del professionista esercente la sua attività con scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale”. Questo principio è stato affermato per la prima volta già da Cass. 8 marzo 1979, n. 1441, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 1494, e da Cass. 22 febbraio 1988, n. 1847, in *Arch. civ.*, 1988, 684, poi divenuto tralatizio. Tra le ultime, in tal senso, Cass. civ., sez. III, 11 marzo 2002, n. 3492, in *Guida al dir.*, 2002, fasc. 24, 24; Cass. civ., sez. III, 19 maggio 2004, n. 9471, in *Dir. e giustizia*, 2004, fasc. 25, 32; Cass. 18 settembre 2008, n. 23846.

⁸ V. SERIO, *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, cit., 4.

⁹ Come ben sottolineato da Cass. civile, sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589.

di responsabilità contrattuale ed aquiliana, con la sostanziale equivalenza del parametro di valutazione cioè la diligenza professionale di cui parlano indistintamente gli artt. 1176, 2° comma, 1218, in tema di responsabilità contrattuale, e l'art. 2043 c.c., in tema di responsabilità aquiliana¹⁰.

Influente su questo significativo mutamento della giurisprudenza è stato l'orientamento della dottrina¹¹, che ha ritenuto configurarsi in capo al medico, dipendente ospedaliero, pur sempre una responsabilità contrattuale nascente da "un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto"; e ciò in quanto sul medico gravano gli obblighi di cura imposti dall'arte che professa e pertanto sussiste il vincolo con il paziente, che, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, se violato determinerebbe la *culpa in non faciendo*, la quale dà origine a responsabilità contrattuale.

Sostiene la Suprema Corte che non si può neppure invocare, a sostegno dell'esclusione della natura contrattuale della responsabilità del medico, la rigidità del catalogo delle fonti *ex art.* 1173 c.c., che non consentirebbe obbligazioni contrattuali in assenza di contratto. E ciò in quanto l'art. 1173 c.c., stabilendo che «le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico», consente di inserire, tra le fonti, principi, soprattutto di rango costituzionale (tra cui, con specifico riguardo alla fattispecie, può annoverarsi il diritto alla salute), che trascendono le singole proposizioni legislative.

Incoraggiato dall'ipotesi legislativamente prevista di efficacia di taluni contratti nulli (artt. 2126, 1° comma, 2332, 2° e 3° comma, c.c., art. 3, 2° comma, legge n. 756/1964), ma allargato altresì a comprendere i casi di rapporti che nella previsione legale sono di origine contrattuale e tuttavia in concreto vengono costituiti senza una base negoziale e talvolta grazie al semplice "contatto sociale"¹², questo orientamento fa ri-

!

¹⁰ Il tema della doppia responsabilità in origine si era posto con riferimento alla responsabilità dell'ente ospedaliero, obbligato ad una prestazione nei confronti del paziente, e del medico dipendente, privo di alcun vincolo contrattuale con il paziente. La Suprema Corte avvertì la necessità di unificare i due regimi sotto il nome di responsabilità professionale nella sentenza n. 2428 del 26 marzo 1990.

¹¹ CASTRONOVO, L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, I, 148, ss, ora in ID., *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006, 443 ss., cit.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, III, 679 ss.

¹² È stata la teorizzazione della c.d. *culpa in contrahendo* da parte della dottrina tedesca, ed in particolare di R. von Jhering, a consentire l'espansione della responsabilità contrattuale anche in mancanza di contratto, attribuendo rilevanza all'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative pre-stipulatorie. In questo quadro si riteneva che «la *diligentia* contrattuale fosse richiesta nello stesso modo tanto nei rapporti contrattuali ancora in fase di formazione quanto in quelli già perfezionati. L'inosservanza di questa *diligentia* dava luogo, in entrambi i casi, all'azione contrattuale per il risarcimento del danno». Tale analisi, che ha rappresentato la via per superare la concezione romanistica dell'obbligazione, sino ad allora limitata sul piano oggettivo entro i confini della sola prestazione, è stata successivamente sviluppata, nell'ambito della dottrina tedesca, attraverso il riconoscimento degli «obblighi di protezione», con l'intento di estendere l'area della tutela, afferente alla sola prestazione, ad interessi, che pur non rientrando a far parte dell'oggetto principale dell'obbligazione, apparissero meritevoli di essere salvaguardati attraverso i rimedi propri della responsabilità contrattuale. Pertanto l'origine storica della categoria della responsabilità da contatto sociale va rintracciata nella teorizzazione della *culpa in contrahendo*, elaborazione di R. von Jhering, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen* in *Jhering Jahrbücher*, 4, 1861; così CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 2, secondo cui «in quanto fondate sullo stesso presupposto

ferimento, in questi casi, al “rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale”¹³. Con questa espressione si riassume una duplice natura del fenomeno, riguardato sia in ragione della fonte (il fatto idoneo a produrre l’obbligazione in conformità dell’ordinamento – art. 1173 c.c. –) sia in ragione del rapporto che ne scaturisce (e diviene allora assorbente la considerazione del rapporto che si atteggia ed è disciplinato secondo lo schema dell’obbligazione da contratto). La categoria mette in luce una possibile dissociazione tra la fonte – individuata secondo lo schema dell’art. 1173 – e l’obbligazione che ne scaturisce. Quest’ultima può essere sottoposta alle regole proprie dell’obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è il contratto. In questa prospettiva, quindi, si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano tra loro in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso. In questi casi non può esservi responsabilità aquiliana, poiché questa non nasce dalla violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui. Si afferma cioè che la violazione di obblighi di *facere* è fonte di responsabilità contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto (*c.d. culpa in non faciendo*)¹⁴ ciò cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale.

Ecco allora che una prima strategia di estensione della tutela si è attuata in giurisprudenza, in una prima fase, attraverso l’istituto del “consenso informato”¹⁵: l’intervento medico è lecito se il paziente abbia manifestato espressamente il suo assenso ad esso. La teoria del consenso informato è nata dall’estensione del principio penalistico del consenso dell’avente diritto di cui all’art. 51 c.p. ed è attecchita rapidamente grazie all’opera interpretativa della Cassazione già nei primi anni ’80¹⁶. All’epoca essa si inseriva in una prospettiva di tutela dei soggetti più deboli, tra cui, oltre al paziente, il consumatore, l’utente, il risparmiatore, in contesti contrattuali.

(violazione della sfera giuridica altrui) e ascritte alla stessa area di responsabilità (quella contrattuale), la *culpa in contrahendo* e la violazione degli obblighi di protezione nell’esecuzione del contratto sono indicative di lesioni uguali sul piano formale e solo diverse dal punto di vista temporale». Si può anche asserire che vista nel suo completo sviluppo dogmatico la teoria Jheringhiana mostra di avere come nucleo fondamentale la dottrina delle *Schutzpflichten* cioè degli «obblighi di protezione», ma rispetto a quest’ultima essa si è da tempo liberata da ogni aggancio al contratto. Sulla dottrina degli obblighi di protezione v. H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der Positiven Vertragsverletzungen*, in *Arch. civ. pr.*, 136, 1932, 288 ss.; ID., *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, Tübingen, 1936, 27 ss.

¹³ V. SACCO, *Il contratto di fatto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, X, II ed., Torino 1995, 122 ss.

¹⁴ Su questo tema, strettamente riconducibile agli obblighi di protezione, v. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, cit., 3.

¹⁵ L’obbligo di informazione scaturisce da un *set* di fonti normative diverse: dagli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione; dall’art. 5 della Convenzione sui diritti umani e la biomedicina, adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa il 19 novembre 1996, ed aperta alla firma il 4 aprile 1997 (non ancora ratificata dall’Italia), il quale stabilisce che “un intervento nel campo della salute può essere effettuato dopo che la persona interessata ha dato un consenso libero ed informato. La persona interessata può liberamente revocare il consenso in qualsiasi momento”.

¹⁶ Così Cass. 26 marzo 1981, n. 1773.

Essa diviene la via attraverso la quale la Cassazione ha collocato, senza difficoltà, lo spinoso tema della responsabilità medica nell'alveo della responsabilità contrattuale¹⁷.

E ciò partendo dalla inequivoca natura contrattuale della responsabilità medica derivante da omessa informazione del cliente sulla natura e su eventuali pericoli connessi all'intervento chirurgico, secondo le norme in materia di inadempimento contrattuale con conseguente applicazione delle rispettive regole sull'onere della prova. Il giudice di legittimità ha dunque posto limiti rigorosi all'obbligo di informazione: esso comprende tutti i rischi prevedibili, anche se la loro probabilità è minima; mentre non comprende i rischi anomali, cioè quelli che possono essere ascritti solo al caso fortuito¹⁸.

Così, ad esempio, negli anni '70 la giurisprudenza di legittimità¹⁹ affermava che il contratto d'opera professionale si conclude quando il medico, su richiesta del paziente, accetta di esercitare la propria attività professionale in relazione al caso prospettatogli. Si condensava la regola *iuris* secondo cui l'attività professionale si scinde in due fasi: quella diagnostica e quella chirurgica, entrambe costituenti la complessa prestazione che il medico si obbliga ad eseguire con il contratto d'opera professionale.²⁰

Altre volte la Cassazione aveva ritenuto extracontrattuale (più precisamente precontrattuale *ex art.* 1337 c.c.) la responsabilità per omessa informazione, laddove il difetto d'informazione rilevasse sul piano dell'inadempimento di un contratto non ancora perfezionato, e cioè nella fase delle trattative, per violazione dell'obbligo di buona fede cui le parti sono tenute reciprocamente²¹.

Ma l'orientamento dominante è stato, già in quella fase, quello che ha privilegiato la strada della responsabilità contrattuale. In questo ambito, tuttavia, si è passati dal-

¹⁷ Il paziente deve essere messo concretamente in condizione di valutare ogni rischio ed ogni alternativa: "nell'ambito degli interventi chirurgici, in particolare, il dovere di informazione concerne la portata dell'intervento, le inevitabili difficoltà, gli effetti conseguibili e gli eventuali rischi, sì da porre il paziente in condizioni di decidere sull'opportunità di procedervi o di ometterlo, attraverso il bilanciamento di vantaggi e rischi. L'obbligo si estende ai rischi prevedibili e non anche agli esiti anomali, al limite del fortuito (...), non potendosi disconoscere che l'operatore sanitario deve contemperare l'esigenza di informazione con la necessità di evitare che il paziente, per una qualsiasi remotissima eventualità, eviti di sottoporsi anche ad un banale intervento" (Cass. 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, I, 771; ma in senso sostanzialmente conforme, si vedano già Cass. 26 marzo 1981, n. 1773 e Cass. 9 marzo 1965, n. 375, in *Foro it.*, 1965, I, 1040).

¹⁸ È quindi in colpa (per inadempimento contrattuale) sia il medico che non fornisca al paziente le necessarie informazioni, sia quello che le fornisca in modo insufficiente, sia quello che le fornisca in modo errato (Cass. 28 novembre 2007, n. 24742).

¹⁹ Cass. 29 marzo 1976, n. 1132.

²⁰ In altri termini, il paziente deve essere messo concretamente in condizione di valutare ogni rischio ed ogni alternativa: "nell'ambito degli interventi chirurgici, in particolare, il dovere di informazione concerne la portata dell'intervento, le inevitabili difficoltà, gli effetti conseguibili e gli eventuali rischi, sì da porre il paziente in condizioni di decidere sull'opportunità di procedervi o di ometterlo, attraverso il bilanciamento di vantaggi e rischi. L'obbligo si estende ai rischi prevedibili e non anche agli esiti anomali, al limite del fortuito (...), non potendosi disconoscere che l'operatore sanitario deve contemperare l'esigenza di informazione con la necessità di evitare che il paziente, per una qualsiasi remotissima eventualità, eviti di sottoporsi anche ad un banale intervento" (Cass. 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, I, 771; ma in senso sostanzialmente conforme, si vedano già Cass. 26 marzo 1981, n. 1773 e Cass. 9 marzo 1965, n. 375, in *Foro it.*, 1965, I, 1040).

²¹ Così Cass. 25 novembre 1994, n. 10014, Cass. 15 gennaio 1997, n. 364.

l'indirizzo tradizionale secondo cui è il creditore a dover dimostrare l'inadempimento dell'obbligazione contrattuale, mentre il debitore è tenuto a giustificare *ex art. 1218 c.c.* l'inadempimento che il creditore gli attribuisce, ad un orientamento successivo secondo cui sia nell'azione di adempimento sia in quella di risoluzione e risarcitoria è il debitore a dover provare di aver adempiuto salvo che non opponga l'eccezione di inadempimento²². L'idea di fondo di quest'ultimo orientamento è che appare irrazionale un diverso onere probatorio a seconda che il creditore agisca per l'adempimento ovvero chieda il risarcimento del danno o la risoluzione per inadempimento, sicché l'inadempimento non dev'essere provato dal creditore bensì è il debitore a dover provare l'adempimento. Inoltre se l'art. 1453 c.c. consente, a chi ha chiesto l'adempimento, di chiedere successivamente la risoluzione, sarebbe illogico ritenere che, in quest'ultimo caso, debba mutare l'onere probatorio.

Questo indirizzo è stato accolto dalla Corte di Cassazione nella sentenza 15 ottobre 1999 n.11629. La Corte, tuttavia, precisò in quella occasione che tale onere probatorio del debitore non opera allorché si deduca non già l'inadempimento dell'obbligazione bensì l'inesatto adempimento, mentre la violazione di un obbligo accessorio quale quello di informazione fu ritenuta soggetta alle regole generali.

A favore della qualificazione della responsabilità medica come responsabilità contrattuale è il diverso termine prescrizione dell'azione: termine pari a cinque anni per l'azione di responsabilità extra-contrattuale, a dieci anni per l'azione di responsabilità contrattuale, sicché una volta scaduto il termine breve, avrebbe impedito la decadenza dall'azione di responsabilità soltanto la qualificazione come contrattuale di essa. E ciò è consentito nel nostro ordinamento dal principio del cumulo delle due responsabilità²³, che rappresenta un importante punto di contatto tra l'ordinamento italiano e quello inglese²⁴.

Un ulteriore slancio verso la responsabilità contrattuale è conseguito all'erosione dei casi di speciale difficoltà di cui all'art. 2236 c.c., norma che eleva al dolo o alla colpa grave l'elemento psicologico necessario per una dichiarazione di responsabilità, determinando l'assottigliamento delle possibilità di ricorso a questa norma. Essa, escludendo la responsabilità del professionista con riferimento ai «casi di speciale difficoltà» salvo il dolo o la colpa grave, è stata gradualmente ignorata sia per l'evoluzione della scienza medica sia per la crescente marginalità delle ipotesi di speciale difficoltà rispetto alla mole crescente dei casi.

!

²² Così Cass. 27 marzo 1998, n.3232, Cass. 15 ottobre 1999, n.11629, Cass. 7 febbraio 1996, n.973.

²³ Sul concorso tra le due forme tradizionali di responsabilità cfr. C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. privato*, 2004, 69; ID., *La nuova responsabilità civile*, cit., 555. Il concorso della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale si converte in concorso di azioni, cfr. R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, cit., 158; A. DE CUPIS, *Il problema del cumulo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Ann. dir. comp.*, 1963, 249; M. SERIO, *La responsabilità complessa. Verso uno statuto unitario della responsabilità civile*, Palermo 1988.

²⁴ Sul cumulo tra le due forme di responsabilità in diritto inglese, v. SERIO, *La responsabilità complessa. Verso uno statuto unitario della civil liability*, Palermo, 1988, 152 ss., cit., ora in *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, cit., parte III su cd-rom, 73 ss.; v. altresì, Chitty, *On Contracts*, XXIX, ed., London, 2004, 73 ss., e in giurisprudenza v. l'opinione di Lord Goff resa nel caso *Henderson v Merrett Syndicates Ltd* (1995) 2 AC 145.

Si è passati così gradualmente dalla considerazione della prestazione professionale come obbligazione di mezzi, con conseguente onere della prova – a carico del medico – del rispetto della diligenza professionale, alla tesi dell'obbligazione di risultato, soprattutto in tema di chirurgia estetica, nel senso che la diligenza opera rispetto a comportamenti già definiti secondo un criterio di buona fede. E ciò perché tale branca della medicina veniva ritenuta dotata di finalità edonistiche e non terapeutiche, con conseguente accentuazione della responsabilità medica rispetto ad altre branche della medicina.

Al fine di superare le difficoltà inerenti alla intervenuta conclusione del contratto, è stata elaborata la teoria del contatto sociale²⁵, secondo cui l'obbligazione del medico dipendente da una struttura sanitaria si fonda sul "contatto sociale" caratterizzato dall'affidamento che il paziente ripone in colui che esercita la professione medica, che ha per oggetto beni costituzionalmente tutelati. La natura contrattuale di tale obbligazione è stata individuata con riferimento al contenuto del rapporto piuttosto che alla fonte, con conseguente applicazione delle regole vigenti in materia di obbligazioni da contratto di prestazione d'opera professionale a proposito della ripartizione dell'onere della prova, del grado della colpa e del termine di prescrizione²⁶.

La Suprema Corte – con riferimento agli interventi di facile esecuzione o di *routine* – riteneva poi che non si verificasse il passaggio da obbligazione di mezzi ad obbligazione di risultato, ma operasse il principio *res ipsa loquitur*, nel caso esistesse un'evidenza circostanziata tale da creare una deduzione di negligenza (presunzione)²⁷. Teoria, questa, che appare di dubbia condivisione atteso che – a parte l'art. 2236 c.c. – non vi sono appigli normativi che giustificano un diverso onere probatorio a causa

²⁵ Nella sentenza 13 aprile 2007, n. 8826 la Suprema Corte ha affermato che la natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente dell'ente ospedaliero verso il paziente è da questa Corte, con consolidato orientamento, fondata sul contatto sociale instauratosi tra quest'ultimo ed il medico chiamato ad adempiere nei suoi confronti la prestazione dal medesimo convenuta con la struttura sanitaria (richiamando Cass., 9085/06; Cass., 1698/06; Cass., 19564/04; Cass., 11488/04; Cass., 13066/04; Cass., 10297/04; Cass., 9471/04; Cass., 11316/03; Cass., 589/99). Al riguardo, essa precisa che non si tratta di contatto sociale dal quale insorge, secondo quanto prospettato da una parte della dottrina, una obbligazione senza prestazione. Nel contatto sociale è infatti da ravvisarsi la fonte di un rapporto che quanto al contenuto non ha ad oggetto la "protezione" del paziente bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del detto "contatto", ed in ragione della prestazione medica conseguentemente da eseguirsi.

In altri termini, come questa Corte ha già avuto modo di affermare, l'esistenza di un contratto è rilevante solo al fine di stabilire se il medico è obbligato alla prestazione della sua attività sanitaria (salve le ipotesi in cui detta attività è obbligatoria per legge: ad es. art. 593 c.p., Cass. pen., 4003/78, Soccardo). In assenza di dette ipotesi di vincolo il paziente non può invero pretendere la prestazione sanitaria dal medico, ma se il medico in ogni caso interviene (ad es., in quanto al riguardo tenuto nei confronti dell'ente ospedaliero) l'esercizio della sua attività sanitaria (e quindi il rapporto paziente-medico) non può essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico (v. Cassazione, 589/99).

²⁶ In questo senso si è espressa Cass. 22 gennaio 1999, n. 598 e, più di recente Cass., sez. III civile, 23 gennaio-12 marzo 2013, n. 6093.

²⁷ Così Cass. 16 febbraio 2001, n. 2335 ma anche Cass. 19 maggio 1999, n. 4852 e Cass. 22 gennaio 1999, n. 598.

della maggiore o minore facilità della prestazione. Quel che è certa è – almeno fino ai più recenti sviluppi giurisprudenziali – la generale applicazione dell'art. 1218 ad ogni tipo di intervento medico di “facile esecuzione”, per cui il medico risponde sempre salva la prova liberatoria in ordine alla propria diligenza o alla diversa causa del danno, eccetto i casi rarissimi di cui al 2236 c.c. con limitazione della responsabilità alle ipotesi di dolo e colpa grave e salva l'applicazione dell'art. 2697 c.c. secondo cui spetta all'attore dimostrare la negligenza, il nesso causale ed il danno in un'area intermedia di casi in cui *attore non probante reus absolvitur*.

Negli anni successivi il quadro si è trasformato: la Cassazione²⁸, con una sentenza del 2003, è apparsa orientata ad estendere la disciplina fino ad allora vigente per i casi di facile esecuzione a tutta l'area intermedia, fatte salve le ipotesi del 2236 c.c., per cui compete al medico provare che l'insuccesso del suo intervento è stato incolpevole e non al paziente dimostrarne la negligenza, tutte le volte che il caso affidatogli non sia di particolare complessità. Nella fattispecie venuta all'esame della Corte nella sentenza in parola si trattava di un parto che aveva provocato asfissia al nascituro con danni irreversibili. Di lì a pochi mesi in un gruppo di decisioni si consolidò l'indirizzo giurisprudenziale, fino ad affermarsi espressamente nel 2004²⁹ che la regola della presunzione di colpa nei casi di facile esecuzione ha portato alla sostanziale trasformazione dell'obbligazione del professionista da obbligazione di mezzi a obbligazione di risultato³⁰. Al contrario, per il crescente *favor* che ha accompagnato la posizione del paziente, sul piano probatorio si è affermato il principio di diritto secondo cui – pur gravando sull'attore l'onere di allegare i profili concreti di colpa medica posti a fondamento della propria azione risarcitoria – tale onere non riguarderebbe gli aspetti tecnici di responsabilità professionale conoscibili solo dagli esperti del settore essendo sufficiente la contestazione della colpa del professionista secondo le cognizioni ordinarie di un non professionista³¹.

!

²⁸ In particolare nella sentenza Cass. 21 luglio 2003, n. 11316.

²⁹ Nella sentenza Cass. 19 maggio 2004, n. 9471.

³⁰ Su questa distinzione v. MENGONI, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”* (Studio critico), in *Riv. dir. comm.*, 1954, 190-191 secondo cui «Nelle c.d. obbligazioni di risultato, il risultato dovuto consiste in una realizzazione finale in cui si risolve, con piena soddisfazione, il fine economico del creditore, l'interesse che ha determinato il sorgere del vincolo; invece oggetto delle c.d. obbligazioni di mezzi è soltanto un comportamento qualificato da un certo grado di convenienza utilità in ordine a quel fine, la cui realizzazione non è di per sé compresa nell'orbita del rapporto obbligatorio». Tale distinzione al di là della sua attuale validità in termini dogmatici – messa in dubbio, tra gli altri, da A. NICOLUSSI in *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa e diritto privato*, 2006, 800 – conserva la propria utilità, semplificando l'opera giudiziale di determinazione dell'oggetto dell'obbligazione, in sede di accertamento giudiziale dell'adempimento o inadempimento dell'obbligazione. È di questo avviso parte della dottrina francese, per la quale v. Y.M. LATHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat* (Paris 2004), nn. 76 ss. che richiama D. TALLON, *L'inexécution du contrat: pour une autre présentation*, in *RTDCiv*, 1994, 223 ss.

³¹ In applicazione di questi principi, la S.C. ha cassato la decisione della Corte di merito che aveva escluso la responsabilità dei medici del pronto soccorso i quali avevano proceduto, eseguendola scorrettamente, alla sutura del nervo ulnare di un ragazzo ricoverato per ferita da taglio al terzo inferiore del braccio destro con lesione muscolo – nervosa, senza interpellare il dirigente chirurgo, malgrado la loro inesperienza per tale tipo di intervento e la mancanza di strutture di ausilio per sopperire ad essa (Cass. civ., sez. III, 5 luglio 2004, n. 12273, in *Dir. e giustizia*, 2004, fasc. 33, 28).

Questo orientamento è confermato da una decisione³² successiva di qualche giorno l'appena citata sentenza n. 9471/2004, in cui si afferma che il paziente che agisce per inesatto adempimento del professionista deve provare l'esistenza del contratto e allegare l'inadempimento del sanitario mentre spetta al debitore, cioè al medico, provare l'esatto adempimento. Più precisamente, consistendo l'obbligazione professionale in obbligazione di mezzi, spetta al medico o all'ente ospedaliero la prova della esecuzione diligente della prestazione e l'esclusione di eventi imprevisi e imprevedibili mentre il paziente deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto e l'esistenza di conseguenze dannose derivanti dall'intervento.

La distinzione tra prestazione di facile esecuzione e quella implicante speciali difficoltà non rileva più dunque quale criterio di distribuzione dell'onere della prova ma dev'essere apprezzata solo per la valutazione del grado di diligenza, restando a carico del sanitario comunque la prova della particolare difficoltà sottesa all'incarico assunto.

Porre a carico del sanitario o ente ospedaliero la prova dell'esatto adempimento soddisfa in pieno quella linea evolutiva con cui si accentua il principio della vicinanza della prova, che va fornita dalla parte realmente in grado di offrirla, nel caso di specie il professionista. Il difetto di diligenza consiste nell'inosservanza delle regole tecniche che governano il tipo di attività cui il professionista è tenuto, difficilmente conoscibili da un osservatore inesperto quale il paziente.

Questo orientamento viene scolpito in una successiva sentenza del 2004³³ secondo cui, instaurandosi un rapporto contrattuale tra paziente e medico o tra paziente e struttura sanitaria, in base all'art. 1218 c.c. compete al medico dimostrare la mancanza del rapporto contrattuale; il paziente ha l'onere di allegare l'inesattezza dell'adempimento non la colpa né la sua gravità, mentre è il medico a dover provare il difetto di colpa o la sua non gravità³⁴.

Anche l'art. 2236 c.c. viene circoscritto dalla giurisprudenza ai casi di prestazioni particolarmente difficili,³⁵ e riguarda solo la colpa per imperizia, mentre non deve

³² Cass. 28 maggio 2004, n.10297.

³³ Cass.21 giugno 2004, n.11488.

³⁴ Già con la sentenza 30 ottobre 2001, n. 13533 le Sezioni unite della Corte di Cassazione hanno chiarito in via generale che, rimasta inadempita una obbligazione, il creditore il quale agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione dell'inadempimento della controparte mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. Lo stesso criterio va seguito, a giudizio della Corte, anche nell'ipotesi in cui sia dedotto l'inesatto adempimento, ipotesi in cui al creditore viene richiesta la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (ad es. per violazione dei doveri di informazione), gravando sul debitore l'onere di dimostrare il contrario.

³⁵ In questo senso v. Cass. 5 luglio 2004, n. 12273, cit. La limitazione, stabilita dall'art. 2236 c.c., della responsabilità del prestatore d'opera intellettuale alla colpa grave – configurabile nel caso di mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione – è applicabile solo per la colpa di imperizia nei casi di prestazioni particolarmente difficili. Non possono invece mai difettare, neppure nei casi di particolare difficoltà, nel medico, gli obblighi di diligenza del professionista, che è un debitore qualificato, ai sensi dell'art. 1176, 2° comma, c.c. e di prudenza che, pertanto, pure nei casi di particolare difficoltà risponde anche per colpa lieve. Il medico, in particolare, da un lato deve valutare con grande prudenza e scrupolo i limiti della propria adeguatezza professionale, ricorrendo anche all'ausilio di un consulto se la situazione non è così urgente da sconsigliarlo, dall'altro, deve adottare tutte le possi-

mai difettare anche nei casi di particolare difficoltà il rispetto degli obblighi di diligenza del professionista, che è debitore qualificato *ex art.* 1176, 2° comma, c.c., e degli obblighi di prudenza per cui il professionista risponde anche per colpa lieve.

Più di recente la Corte di Cassazione ha rafforzato questa sua posizione³⁶, statuendo: “*Se è vero, infatti, che l’obbligazione assunta dal professionista e dalla struttura ospedaliera è di mezzi e non di risultato e che il mancato o incompleto raggiungimento del risultato non può, di per sé, implicare, dunque, inadempimento (o inesatto adempimento), è anche vero che il totale insuccesso di un intervento di routine e dagli esiti normalmente favorevoli, come il parziale insuccesso che si registra nei casi in cui dall’intervento sia derivata una menomazione più gravosa di quella che era lecito attendersi da una corretta terapia della lesione o della malattia, si presenta come possibile ed altamente probabile conseguenza dell’inesatto adempimento della prestazione*”.

Può in tal modo sorgere il dubbio che, con tale presunzione, i giudici di legittimità abbiano – al di là delle definizioni teoriche – convertito l’obbligazione del medico da obbligazione di mezzi a obbligazione di risultato, fermo restando che la liberazione di responsabilità da parte del sanitario – oltre all’ipotesi in cui quest’ultimo dimostri che la prestazione è divenuta impossibile per causa a lui non imputabile o per caso fortuito – può essere conseguita con la prova dell’osservanza di un certo standard di diligenza, perizia, prudenza³⁷.

Infine, i più recenti sviluppi giurisprudenziali³⁸ hanno ritenuto configurabile il nesso causale fra il comportamento omissivo del medico ed il pregiudizio subito dal paziente qualora, attraverso un criterio necessariamente probabilistico, si ritenga che l’opera del medico, se correttamente e prontamente prestata, avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di evitare il danno verificatosi³⁹. Ciò che appare in controtendenza rispetto all’*iter* evolutivo della giurisprudenza italiana di legittimità⁴⁰, ispirata, da un certo momento in poi, al *favor* verso il paziente-danneggiato, è che l’onere di

!
bili misure volte a ovviare alle carenze strutturali e organizzative incidenti sugli accertamenti diagnostici e sui risultati dell’intervento, ovvero, ove ciò non sia possibile, deve informare il paziente, consigliandogli, se manca l’urgenza di intervenire, il ricovero in una struttura più idonea.

³⁶ Cass. civ., 26 giugno 2007, n. 14759.

³⁷ Come prima accennato, la più recente giurisprudenza tende da ultimo a riconoscere quale obbligazione di risultato, e non di mezzi, la prestazione assunta dal chirurgo estetico, ciò in funzione del fatto che nell’ambito della chirurgia estetica, diversamente dagli altri ambiti dell’attività medico-chirurgica, il professionista non interviene su una situazione patologica, ma su una situazione di assenza di malattia, assumendo l’impegno a far ottenere al paziente un miglioramento estetico preciso e dettagliatamente prospettato al paziente medesimo; l’orientamento precedente tendeva invece all’assimilazione della chirurgia estetica a quella ordinaria, sottoponendo entrambe al regime dell’obbligazione di mezzi; così, in dottrina, Quadri, *Profili contrattuali e responsabilità civile nell’attività del chirurgo plastico*, in *Dir. e giur.*, 1987, 761.

³⁸ Cass. civ., sez. III, sent. 11 maggio 2009, n. 10743.

³⁹ Secondo Cass., sentenza n. 2847/2010, l’accertamento del nesso di causalità riguarderebbe anche le condotte omissive ed in particolare l’omissione dell’obbligo di informazione da parte del medico, nel senso che bisogna domandarsi se “*la condotta omessa avrebbe evitato l’evento ove fosse stata tenuta; se, cioè l’adempimento da parte del medico dei suoi doveri informativi avrebbe prodotto l’effetto della non esecuzione dell’intervento chirurgico dal quale [...] senza colpa di alcuno lo stato patologico è poi derivato*”.

⁴⁰ In particolare dopo la significativa decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 11 gennaio 2008 n. 577, che aveva posto fine alla distinzione tra obbligazione di mezzi e obbligazioni di risultato, addossando al debitore-professionista la prova che l’inadempimento non vi sia stato o sia irrilevante.

provare l'esistenza del nesso causale tra l'evento lesivo e la condotta del medico, indipendentemente dal grado di difficoltà dell'intervento medico chirurgico, grava sul danneggiato.

Si prospetta cioè, nelle pronunce più recenti, un orientamento che, pur rivalutando lo strumento della responsabilità aquiliana e mostrandosi apparentemente favorevole al concorso tra le due forme di responsabilità con ampia possibilità di scelta, da parte del danneggiato, della via più idonea alla realizzazione delle proprie pretese risarcitorie⁴¹, sotto il profilo delle agevolazioni probatorie sembra prediligere l'azione di responsabilità contrattuale.

In perfetta coerenza con questa linea di tendenza si pone, sul versante legislativo, l'art. 3 del d.l. 158 del 13 settembre 2012 (c.d. "decreto omnibus" per la sanità o Balduzzi), convertito in legge n. 189/2012, il cui art. 3 recita: «L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento delle proprie attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, risponde dei danni derivanti solo in caso di dolo e colpa grave».

Ancora una volta il regime di responsabilità proposto dalla riforma, per le condotte non rilevanti sotto il profilo penale, è quello della responsabilità extra-contrattuale ex art. 2043 c.c. con l'applicazione del relativo termine quinquennale di prescrizione⁴².

2. La responsabilità medica nel *common law* inglese: il *Bolam Test*

Nell'ordinamento inglese la responsabilità professionale ha subito una graduale evoluzione nel duplice ambito del *law of torts* e del *law of contract*, e possono ripetersi le considerazioni già svolte con riferimento al diritto italiano in tema di concorrenza tra le due forme di responsabilità. Si afferma, infatti, nella giurisprudenza inglese la tesi della cumulabilità, espressa per la prima volta nel caso *Nocton v. Lord Ashburton*⁴³

!

⁴¹ In Cass. 4030/2013 sez. III del 19 febbraio 2013, in cui viene riconosciuto il risarcimento dei danni conseguenti a un intervento chirurgico errato di laparoistectomia effettuato a seguito di una errata diagnosi sulla patologia di cui era affetta l'attrice e del consenso reso dal paziente sulla base di erronee informazioni da parte del medico, il tema originario della responsabilità medica, a giudizio della Corte, considera unitariamente il medesimo fatto dannoso, evidenziando l'errore diagnostico poi riscontrato in sede di consulenza medica, di guisa che la *causa petendi*, riconducibile alla responsabilità aquiliana e alla responsabilità da contatto sociale, si riferisce ad un unico fatto costitutivo della fattispecie circostanziata, da sussumere sotto la disciplina dei principi di responsabilità professionale e della struttura sanitaria, ribaditi sistematicamente da precedenti decisioni delle sezioni unite ed altre conformi, tra cui Cass., III sez. civ. 8 giugno 2012, n. 9290.

⁴² Tuttavia, nella recentissima sentenza n. 4030/2013 citata, la Cassazione ha affermato la sussistenza della responsabilità del professionista anche sotto il profilo della «violazione della regola generale dell'art. 1218 del codice civile in relazione ad una situazione di inadempimento obiettivamente grave, per la configurazione del rapporto contrattuale di garanzia, e per la difettosa motivazione che non considera il tema e l'onere della prova, che il paziente fornisce come prova dell'aggravamento e della sequenza naturale tra l'atto invasivo ed ablativo e la invalidazione scientificamente non dovuta».

⁴³ *Nocton v. Lord Asburton* (1914) AC 932; e successivamente perfezionata nei casi *Esso Petroleum Co. Ltd v Mardon* (1976) WLR 586, *Midland Bank v. Hett, Stubbs, Kemp & Co.* (1979) Ch. 384. Su questo tema v. SERIO, *La responsabilità complessa*, cit., 335.

del 1914 e ripresa nella giurisprudenza successiva, che riserva all'attore-danneggiato la facoltà di optare per l'applicazione di uno dei due regimi di responsabilità, fermo restando il divieto della duplicazione dei benefici nascenti da essi.

Sulla base del *law of torts*, in prevalenza di natura giurisprudenziale⁴⁴, l'azione per *negligence* rappresenta lo strumento tipico di tutela extracontrattuale e la sua esperibilità si fonda sull'accertamento della violazione del *duty to take care* esistente in capo al soggetto ritenuto responsabile. Sicché l'accertamento giudiziale è teso a verificare se, nelle circostanze di fatto, il soggetto ritenuto responsabile abbia impiegato una *reasonable care*⁴⁵ o, al contrario, abbia violato il dovere su di lui incombente. Infatti il tema della *tort liability* è affrontato prevalentemente sulla base delle regole del *law of negligence*⁴⁶. La *negligence*, quindi, ricorre quando non si è adottato un grado di diligenza considerato ragionevole secondo tutte le circostanze di fatto del caso, o, più precisamente, quando non si è agito come una persona ragionevole avrebbe fatto. Ma il giudizio sulla ragionevolezza – cioè sulla individuazione dello standard di comportamento ragionevole – è rimesso alla discrezionalità del giudice⁴⁷.

Ciò premesso, *leading case* in materia è la sentenza *Bolam v Friern Hospital Management Committee*⁴⁸ in cui il giudice McNair applicò per la prima volta il c.d. *Bolam Test*, in base al quale un medico non può considerarsi negligente nel caso in cui egli agisca in conformità ad una pratica accettata e ritenuta appropriata da una certa comunità scientifica o medica (*a responsible body of medical opinion*), sicché è per lui sufficiente, per non incorrere in una dichiarazione di responsabilità, l'esercizio delle ordinarie abilità di un professionista che esercita quella particolare professione⁴⁹. Il giudice McNair sottolineò come nelle situazioni in cui si richiede l'uso di una speciale abilità o competenza – come, appunto, nello svolgimento delle professioni intellettuali – il test da utilizzare per verificare se vi sia stata negligenza non utilizza come standard di comportamento quello dell'ordinaria diligenza o dell'uomo medio⁵⁰ – come

!

⁴⁴ Sebbene il legislatore con un crescente numero di *statutes* sia intervenuto a disciplinare numerose fattispecie di responsabilità extracontrattuale, quale la responsabilità per prodotti difettosi; v. P. CANE, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, Cambridge University Press, 2006, 34.

⁴⁵ Il parametro della ragionevole diligenza è stato indicato da Lord Atkin nel celebre caso *Donoghue v. Stevenson* (1932).

⁴⁶ Così P. CANE, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, Cambridge University Press, 2006, 34.

In particolare, il *tort of negligence* consta di tre elementi: 1) un *duty to take care*; 2) un *breach of that duty*; 3) un danno causato da quel *breach of duty*. A sua volta il terzo elemento, cioè il danno, può essere suddiviso in altri due elementi, a seconda che la condotta del responsabile (*tortfeasor*) sia la "*cause in fact*" del danno ossia stata la "*legal cause*" del danno. Il *breach of duty* viene definito *negligent* o *careless conduct*.

⁴⁷ È questa l'opinione di P. CANE, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, Cambridge University Press, 2006, 39, il quale avanza perplessità in ordine all'opportunità di un intervento chiarificatore al riguardo da parte del legislatore.

⁴⁸ *Bolam v Friern Hospital Management Committee* (1957) 2 ALL ER 118. Mr Bolam era un paziente volontario in un istituto di cura mentale amministrato dal Comitato di Gestione dell'Ospedale Friern. Aveva accettato di sottoporsi a terapia elettro-convulsiva, ma non essendogli stato somministrato alcun farmaco per il rilassamento dei muscoli durante la procedura subì alcune lesioni gravi, tra cui le fratture degli acetaboli.

⁴⁹ Nella sentenza *Bolam v Friern Hospital Management Committee* (1957) si dice testualmente: «*It is sufficient if he exercises the ordinary skill of an ordinary competent man exercising that particular art*».

⁵⁰ Nel diritto inglese lo standard di comportamento per valutare l'ordinaria diligenza è quello del «*man on the top of a Clapham omnibus*».

nella maggioranza delle ipotesi di responsabilità in *tort* – in quanto quest'ultimo non possiede la speciale abilità professionale: lo standard di comportamento sarà piuttosto quello dell'uomo esperto che esercita quella particolare professione. Secondo McNair, tuttavia, un professionista non deve possedere il più alto livello di esperienza per non rischiare di essere considerato negligente, ma è sufficiente che egli eserciti il livello ordinario (*ordinary skill*) di una persona competente che esercita quella particolare attività. Sicché un medico non risponde per *negligence* se ha agito in conformità con una pratica riconosciuta come appropriata da una certa comunità scientifica o medica di quella specifica professione. Questo tuttavia non comporta che il medico sia negligente se agisca in conformità di una certa pratica generalmente riconosciuta ma criticata da una parte della comunità scientifica, che adotta una pratica diversa. Allo stesso tempo, però, il medico non può ostinatamente continuare ad applicare ai suoi pazienti pratiche antiche e ritenute non adeguate secondo l'opinione scientifica maggioritaria.

Il c.d. *Bolam test*⁵¹ attirasse l'attenzione della House of Lords in due successivi casi. Nel primo, *Maynard v West Midlands Regional Health Authority*⁵² del 1984, la Corte affermò che l'esercizio della professione medica in modalità ritenute appropriate da una certa comunità medica non può ritenersi negligente semplicemente perché il giudice mostri preferenza per l'opinione di un'altra comunità medica. Nel secondo caso, *Sidaway v Board of Governors of Bethlem Royal Hospital*⁵³ del 1985, i giudici affermarono che il Bolam test andasse applicato non soltanto in fattispecie di diagnosi e trattamento medico ma anche sotto il profilo delle informazioni che un medico deve fornire al paziente circa i rischi connessi alla terapia suggerita⁵⁴. In dottrina⁵⁵ si è detto che la House of Lords nei due casi appena indicati ha elevato al rango di indiscusso principio di diritto derivato dal caso Bolam quello secondo cui la pratica professionale non può formare oggetto di esame da parte delle Corti. Ciò è stato ritenuto, da altra dottrina⁵⁶, allarmante visto che dal caso *Sidaway* in poi le Corti

!

⁵¹ Sul quale v. MONTROSE, *Is Negligence an Ethical or a Sociological Concept?* (1958), 21 MLR, 259.

⁵² *Maynard v West Midlands Regional Health Authority*, (1984) 1 WLR 634, in cui, malgrado il paziente presentasse i sintomi della tubercolosi, sia il medico che il chirurgo ritennero opportuno adottare le misure correttive dello stadio iniziale di altre malattie, ritenute probabili. Invece di aspettare i risultati del test della tubercolosi, i consulenti effettuarono una mediastinoscopia per ottenere una biopsia, con il rischio di danni alla laringe o al nervo ricorrente sinistro. Con il test solo la tubercolosi venne confermata, ma il rischio connesso all'esame divenne realtà e il paziente subì una paralisi della corda vocale sinistra.

⁵³ *Sidaway v Board of Governors of Bethlem Royal Hospital* (1985) AC 871 in cui l'attore soffriva di dolori nel collo, spalla destra, e braccia. Un neurochirurgo gli richiese il consenso per la decompressione del midollo cervicale, senza informarlo del rischio che in meno dell'1% dei casi, il detto intervento avrebbe potuto causare una forma di paraplegia. Così dopo l'operazione spinale si sviluppò nel paziente una forma di paraplegia. Rigettando la richiesta di risarcimento danni, la Corte ha ritenuto che il paziente non aveva richiesto una elaborata spiegazione degli effetti collaterali dell'intervento. Nella *dissenting opinion*, il giudice Scarman affermò che la regola del caso *Bolam* non dovrebbe applicarsi alla questione del consenso informato e che un medico ha il dovere di informare il paziente del rischio intrinseco e concreto del trattamento proposto.

⁵⁴ Nel caso *Sidaway*, Lord Scarman sintetizzò il risultato dell'applicazione del *Bolam test* con la seguente espressione: "The law imposes the duty of care; but the standard care is a matter of medical judgment".

⁵⁵ I. KENNEDY and A. GRUBB, *Medical Law: Text with Materials*, II ed., London, Butterworths, 1994.

⁵⁶ Così KEOWN, *Reining in the Bolam test* (1998) CLJ 248 at 249.

hanno utilizzato il test per permettere ai medici di influire su materie che oltrepassavano la loro competenza, quale l'estensione del diritto del paziente ad essere informato dei rischi e dei trattamenti alternativi, dei "best interests" dei pazienti incompetenti e del reale valore della vita dei pazienti.

Alcune decisioni più recenti hanno comunque mostrato che la protezione riservata all'attività professionale medica dal *Bolam* test non sarebbe assoluta. Nel caso *Hills v Potter*⁵⁷ del 1984, il Giudice Hirst affermò che il presupposto del *Bolam* test fosse la rispettabilità, responsabilità ed esperienza della comunità medica che esprime il parere. Peraltro in una sentenza del 1968, per lungo tempo trascurata dai giudici successivi, la Court of Appeal aveva affermato che il medico convenuto aveva agito negligenzemente assumendosi un rischio facilmente evitabile in base ai principi elementari della sua professione, e ciò nonostante altri medici avessero ammesso dinanzi alla Corte che avrebbero agito nello stesso modo!

Il *Bolam* Test, avallato dalla House of Lords anche nel caso *Whitehouse v Jordan*⁵⁸ del 1981, ha subito un ridimensionamento nel 1998 nel caso *Bolitho v. City & Hackney Health Authority*⁵⁹. In quella occasione Lord Browne-Wilkinson notò che il *Bolam* test finiva per rimettere agli stessi medici il giudizio, spettante esclusivamente all'autorità giudiziaria, su cosa dovesse intendersi per *reasonable care*. Egli affermò che le Corti non sono vincolate a considerare non responsabile un medico sol perché una certa comunità medica ritenga il suo comportamento conforme alle pratiche generalmente riconosciute. Sottolineò che, nel caso *Bolam*⁶⁰, lo stesso Giudice McNair aveva affermato che il convenuto avrebbe dovuto agire in conformità ad una pratica riconosciuta da un gruppo responsabile di medici; nella stessa sentenza egli poi si riferì ad uno standard di pratica riconosciuta come propria da un "competente e ragionevole" gruppo di esperti. Anche nel caso *Maynard*⁶¹ del 1984 Lord Scarman si riferisce al parere di una "rispettabile" comunità scientifica. L'uso di questi aggettivi (responsabile, ragionevole e rispettabile) mostrano che la Corte esige che gli esponenti della comunità medica sulla cui opinione fa affidamento possano dimostrare che quella opinione ha una base logica.

!

⁵⁷ *Hills v Potter* (1984) 1 WLR 641.

⁵⁸ *Whitehouse v Jordan* (1981) All ER 267, in cui la vittima era un bambino che aveva riportato seri danni ad un polmone a causa di un parto difficile. Il convenuto, un anziano direttore dell'ospedale, era supervisore durante un parto ad alto rischio. Dopo che la madre affrontò un travaglio di ventidue ore, il convenuto utilizzò il forcipe per facilitare il parto. La Corte ritenne che nel caso di specie il convenuto avesse adoperato uno standard di diligenza conforme a quello di un medico ragionevole e non riconobbe alla vittima alcun risarcimento.

⁵⁹ *Bolitho v City & Hackney Health Authority* (1998) AC 232, in cui un bambino di due anni aveva riportato seri danni cerebrali a causa di un embolia, con il rischio di un arresto cardiaco. Si ritenne che l'unica azione necessaria per evitare il danno fosse intubare il bambino. Il medico che negligenzemente errò nella cura disse che non l'aveva intubato. Esistevano due diverse correnti di pensiero: una, sostenuta da un esperto, e condivisa dal medico ritenuto responsabile, riteneva pericoloso intubare il bambino; l'altra, sostenuta da ben cinque esperti, riteneva che sarebbe stato necessario farlo. La House of Lords affermò che il parere di non intubare il paziente avrebbe dovuto essere supportato da basi logiche. Ciò comportava una valutazione dei rischi e dei benefici al fine di pervenire ad una plausibile convinzione. Cioè un giudice è legittimato a scegliere tra due opinioni contrapposte di due gruppi di esperti e a rigettare un'opinione medica che sia logicamente indifendibile.

⁶⁰ (1957) 1 WLR 583, 587.

⁶¹ *Maynard v West Midlands Regional Health Authority*, (1984) 1 WLR 634,639, cit., in nota 32.

In particolare, sottolinea Lord Browne-Wilkinson, nei casi che comportano una valutazione in termini rischi/benefici, il giudice, prima di ritenere una comunità medica responsabile, ragionevole e rispettabile, esigerà che, nel formarsi il proprio punto di vista, gli esperti si siano soffermati sulla comparazione tra rischi e benefici del trattamento medico ed abbiano raggiunto sul punto una conclusione plausibile.

Da alcune sentenze della House of Lords può evincersi che il Giudice è legittimato a verificare l'opinione degli esperti sotto questo profilo⁶². Queste decisioni dimostrano che in fattispecie di diagnosi o trattamento medico ci sono casi in cui, malgrado l'opinione di esperti abbia autorizzato la condotta del convenuto-professionista, egli può essere ritenuto responsabile per *negligence*. E ciò accade in quanto in talune ipotesi non è stata data alla Corte la dimostrazione del carattere di responsabilità e ragionevolezza dell'opinione degli esperti. Per esempio, nei casi in cui sia necessaria la valutazione rischi/benefici di una determinata pratica medica, un punto di vista ragionevole necessariamente presuppone che i relativi rischi e benefici siano stati soppesati dagli esperti al momento di esprimere il loro punto di vista; pertanto, se, in qualche raro caso, è possibile dimostrare che l'opinione degli esperti non sia stata in grado di resistere ad una valutazione del suo fondamento logico, la Corte è autorizzata a ritenere la stessa non ragionevole o non affidabile. Questo giudizio di non ragionevolezza è quindi possibile, benché sia molto raro, in quanto la valutazione dei rischi e dei benefici di una pratica medica è un giudizio tecnico che un giudice normalmente non è in grado di rendere senza l'ausilio di una perizia.

L'apparente modificazione del *Bolam* test nell'*opinion* di Lord Browne-Wilkinson nel caso *Bolitho* è stata considerata, da una parte della dottrina⁶³, come una sorta di affermazione dell'autonomia della professione medica. Altra dottrina⁶⁴, invece, pur dando un certo peso al caso *Bolitho*, sottolinea che in realtà esso non è andato lontano come avrebbe dovuto. Per un verso, in quel precedente non sarebbe chiaro se l'opinione medica possa essere disattesa solo se priva di fondamento logico; cosa accadrebbe se la base logica fosse impeccabile ma la premessa debole o non convincente?

Si è detto⁶⁵ che l'atteggiamento prudente della House of Lords nei confronti del *Bolam* test ridurrebbe il rischio di assumere come minimo comun denominatore della responsabilità la prassi medica accreditata⁶⁶.

Resta comunque una particolare difficoltà nell'ambito della capacità del giudice di valutare i pregi di una terapia seguita da un medico. A meno che non si tratti di un errore elementare (nei quali casi non è necessario il parere di una comunità medica responsabile), o di un'inconsistenza logica nel valutare la perizia⁶⁷, la Corte potrebbe non essere sufficientemente competente nella scienza medica per contestare l'operato del medico. Si noti che un significativo caso di affermazione della responsabilità per

⁶² Ad es. in *Hucks v Cole* (1993) 4 Med LR 393.

⁶³ V. Scott (1998) 148 NLJ 64.

⁶⁴ Keown (1998) CLJ 248.

⁶⁵ V. TEFF, *The standard of care in Medical Negligence – Moving on from Bolam* (1998) 18 OJLS 473, 483.

⁶⁶ Nello stesso senso v. BRAZIER and MIOLA, *Bye-bye Bolam: a medical litigation revolution?* (2000), 8, in *Med L Rev.*, 85.

⁶⁷ Per es. nel caso *Penney v East Kent Health Authority* (2000) PNLR 323.

negligence nella pratica comune delle professioni era stato, prima del caso *Bolitho*, il caso *Edward Wong Finance Co. Ltd v Johnson Stokes & Master*⁶⁸ del 1984, riguardante professionisti legali esperti in trasferimenti immobiliari⁶⁹, in cui alcuni professionisti del ramo avevano perfezionato un negozio ipotecario secondo il modello in uso a Hong Kong piuttosto che quello inglese. Il fatto che questo modello fosse universalmente adottato ad Hong Kong non lo rendeva, a parere dei giudici, ragionevole o responsabile in quanto non consentiva di evitare i rischi di frode. I professionisti furono dichiarati responsabili in *negligence* in quanto avrebbero dovuto prendere precauzioni contro un rischio di comune ovvietà. La decisione affermativa della responsabilità, in questo caso, era fondata sulla maggiore competenza e preparazione del giudice nel valutare la condotta professionale di coloro che esercitano la professione legale⁷⁰.

L'opinione di Lord Browne-Wilkinson nel caso *Bolitho*, pur non occupandosi della questione della rivelazione dei rischi (*risks disclosure*) derivanti da attività medica, è stata posta a fondamento di un successivo caso, deciso dalla *Court of Appeal*, *Pearce v United Bristol Healthcare NHS Trust*⁷¹ del 1999, in cui si introdusse un più rigoroso accertamento giudiziale dei rischi del trattamento medico. Piuttosto che invocare semplicemente l'applicazione del caso *Sidaway*, il Giudice Woolf affermò il seguente principio di diritto: «Se esiste un apprezzabile (*significant*) rischio che potrebbe influenzare il giudizio di un paziente ragionevole, allora sussisterà la responsabilità del medico di informare il paziente di quel particolare rischio, così da consentirgli di decidere a quale terapia o intervento sottoporsi». È abbastanza singolare come in questo caso, piuttosto che esaminare la condotta del medico ragionevole, Lord Woolf si concentri sugli interessi del paziente ragionevole. La *Court of Appeal* stabilì che lo standard adottato nel caso *Bolitho* fosse ugualmente applicabile ai casi riguardanti l'obbligo di informazione del paziente. L'attrice aveva richiesto al proprio medico di provocare il parto naturale o procedere con il parto cesareo in quanto aveva superato le due settimane di gestazione. Il medico respinse la richiesta della paziente affermando che sarebbe stato inopportuno intervenire a causa dei rischi connessi a queste pratiche. Il medico, tuttavia, non aveva informato la paziente che se il bambino fosse nato senza alcun supporto ospedaliero vi era un rischio dell'1-2% che sarebbe nato morto. Dopo aver dato alla luce un bambino morto, la signora citò in giudizio l'ospedale per non averla informata dei rischi. Nell'esaminare il contenuto e l'estensione del dovere del professionista di informare il paziente dei rischi, il giudice Woolf combinò le *rationes decidendi* dei casi *Sidaway* e *Bolitho*, fondando la responsabilità del medico per omessa informazione dei rischi sul presupposto del "*significant risk*": pur non dando di esso una precisa definizione, egli comunque ritenne non rilevante,

!

⁶⁸ *Edward Wong Finance Co. Ltd v Johnson Stokes & Master* (A Firm) [1984] AC 296.

⁶⁹ Secondo lo schema della c.d. *conveyance*.

⁷⁰ Secondo Lord Hoffman, in *The reasonableness of lawyer 'lapses'* (1994) 10 PN 6, la verità è che i giudici vedono la *conveyancing* come un'attività che dovrebbe assicurare un beneficio al cliente. L'attività del *solicitor* è coperta da assicurazione contro i rischi, sicché appare giusto che i rischi di errori siano posti a carico dei sottoscrittori piuttosto che dei loro clienti.

⁷¹ *Pearce v United Bristol Healthcare NHS Trust* (1999) PIQR P53.

ai fini dell'affermazione di responsabilità, un rischio che – come nel caso di specie – si aggirasse intorno all'1-2% di probabilità di realizzazione.

3. Cenni sulla responsabilità del professionista forense in Italia

In Italia il professionista avvocato viene assoggettato alle ordinarie regole di responsabilità che si applicano a tutte le professioni intellettuali. Ciò comporta che, accanto ad una responsabilità penale (di cui agli artt. 380 e 381 c.p.), esiste anche una responsabilità professionale che può presentarsi o come responsabilità contrattuale per la violazione del diritto di credito del proprio cliente o come responsabilità extracontrattuale per la violazione di un diritto di credito di un terzo soggetto estraneo al rapporto.

Come accade per la maggior parte delle professioni intellettuali, la responsabilità civile dell'avvocato è ritenuta dalla più recente giurisprudenza dominante più contrattuale che extracontrattuale, e pone soprattutto problemi di raccordo tra due norme: l'art. 1176 c.c. e l'art. 2236 c.c. Il professionista, cioè, deve eseguire la prestazione con diligenza, secondo lo standard professionale ritenuto operante in quel momento storico e in quella circostanza di fatto dal Tribunale. In tal senso tra una determinazione *ex ante* dei doveri del professionista ed una loro determinazione giudiziale *ex post* si dà la preferenza a quest'ultima.

La figura centrale di professionista attorno alla quale è stato elaborato il nuovo modello di responsabilità è certamente quella del medico, e tradizionalmente l'attività medica ha rappresentato il modello di prestazione professionale su cui si è sviluppata principalmente l'elaborazione giurisprudenziale in materia di responsabilità professionale vuoi per la rilevanza numerica dei casi di conseguenze dannose derivanti da attività medica vuoi per il diverso e maggiore disvalore sociale del danno arrecato da questa attività rispetto a quella forense.

Così sino a pochi anni fa il modello classico di responsabilità dell'avvocato prevedeva un esiguo numero di ipotesi in presenza delle quali avviare l'azione di responsabilità, riducendosi essenzialmente all'omissione di un atto processuale. Le ipotesi giurisprudenziali più frequenti negli anni '90 erano: l'omissione di attività tecnica inerente al mandato ricevuto; l'errata o tardiva notificazione di un atto; il mancato invio di una lettera di disdetta di contratto di locazione in tempo utile per garantire al cliente la disponibilità di un immobile; l'omessa comunicazione della data dell'udienza, soprattutto se dibattimentale, entro cui costituirsi parte civile; la mancata richiesta nella fase istruttoria di prove di evidente utilità; la produzione di prove sfavorevoli al cliente; la mancata integrazione del contraddittorio o la colpevole decorrenza, per incuria, del termine di prescrizione dell'azione giudiziaria.

Insomma tutto quanto rientra nella strategia difensiva, e cioè la scelta dei mezzi difensivi, ed è connesso con l'attività interpretativa della legge (ad esempio l'instaurazione di un giudizio con certo esito negativo di fronte ad una consolidata giurisprudenza) non può essere imputato all'avvocato in un eventuale giudizio di responsabilità proprio per il carattere fortemente aleatorio della dinamica giudiziaria, non misu-

rabile o prevedibile con criteri di scientificità. Sicché l'esito negativo di un giudizio non può e non deve riflettersi sulla valutazione dell'operato del professionista.

Due ulteriori ragioni militavano a favore di questo modello classico di responsabilità e cioè: 1) la contrapposizione già vista in tema di responsabilità medica tra interventi di facile e difficile esecuzione; 2) la dicotomia tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato.

Quanto al primo punto, infatti, la giurisprudenza era generosa nei confronti del professionista legale nel senso che prevalentemente qualificava di difficile esecuzione la maggior parte dei compiti a lui affidati sulla cui esecuzione venivano sollevate le censure del cliente: regnava, pertanto, un sostanziale *favor* nei confronti del professionista.

Quanto al secondo punto la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultati, nata in Germania alla fine del XIX secolo, ha trovato in Francia nell'opera di Demogue⁷² la sua più completa realizzazione pervenendo nella cultura giuridica italiana, sia pur con l'autorevole opinione critica di Luigi Mengoni⁷³.

Ed infatti, ritenere le obbligazioni del professionista come di mezzi e non di risultato comportava, sul piano probatorio, la necessità che il beneficiario della prestazione intellettuale provasse la colpa del professionista, estendendo ad un ambito propriamente contrattuale l'accertamento dell'elemento psicologico del professionista, rilevante *ex art.* 2043 c.c. (in collegamento con l'art. 2697 c.c. sull'onere della prova) con un sensibile peggioramento della posizione processuale del beneficiario della prestazione.

Così negli ultimi vent'anni quel modello classico di responsabilità è entrato in crisi.

Le nuove tendenze giurisprudenziali hanno manifestato un maggior rigore verso il professionista, innanzitutto facendo obbligo allo stesso di provvedere ad una più completa ed estesa attività di informazione nei confronti del cliente, in relazione al mandato conferitogli. Inoltre, questi doveri informativi non vengono limitati allo studio del caso o alla scelta dei mezzi difensivi ma si estendono a tutte le fasi dell'incarico, compresa la comunicazione delle eventuali, sopravvenute difficoltà di perseguire il risultato sperato e la possibilità di operare una corretta valutazione costi/benefici per il cliente. Al professionista, cioè, viene fatto obbligo di perseguire il buon esito della lite.

Inoltre viene ritenuta sussistente un'obbligazione di risultato in relazione all'attività stragiudiziale del professionista dalla redazione di pareri *pro veritate* alla conclusione di contratti.

Una decisiva influenza in questo senso del maggior rigore verso il professionista ha avuto l'abrogazione del patto di quota lite (all'interno del pacchetto delle liberalizzazioni Bersani⁷⁴), che subordinava gli onorari per assistenza e consulenza alla vittoria nella causa. L'alea della remunerazione, cioè, è sopportata dallo stesso professionista, il quale si obbliga al conseguimento di un certo risultato per il cliente.

!

⁷² V. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923.

⁷³ MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi": studio critico*, ed. F. Vallardi, 1954.

⁷⁴ In particolare il d.l. 4 luglio 2006, n. 233 ha sostituito il 3° comma del 2233 c.c. con il seguente: "Sono nulli, se non redatti in forma scritta, i patti conclusi tra gli avvocati ed i praticanti abilitati con i loro clienti che stabiliscono i compensi professionali".

In questo iter giurisprudenziale solo di recente il modello classico di responsabilità professionale è stato espressamente superato dalla Corte di Cassazione con due decisioni (distanti trenta giorni l'una dall'altra) del 2008, la n. 25266⁷⁵ con riferimento ad un progettista e direttore di lavori in contratto di appalto, e la 577 delle Sezioni Unite, già vista in ambito medico. In esse è stato affermato che la distinzione tra obbligazione di mezzi e obbligazioni di risultato non può avere portata precettiva ma è una mera classificazione formale.

Questo non significa che il medico o l'avvocato siano tenuti ad assicurare e garantire la guarigione del cliente o il buon esito della causa.

La scomparsa della distinzione acquista invece rilievo con riguardo all'onere della prova che grava sul professionista anziché sul cliente come chiaramente illustrato dalla sentenza 577/2008 che richiede all'attore-cliente la prova del contratto o del contatto sociale (tra cliente e medico o struttura sanitaria) e del danno e la mera deduzione dell'inadempimento del professionista, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato; mentre competerà al convenuto-professionista dimostrare che l'inadempimento dedotto non vi è stato o, se esiste, non è stato eziologicamente rilevante.

Mancano, tuttavia, allo stato, sentenze delle sezioni unite che successivamente alla predetta sentenza della Cassazione riferendosi all'attività medica abbiano affermato espressamente l'applicazione del principio in questione all'attività forense.

La dottrina, sul punto, è intervenuta a colmare le lacune del sistema ora nel senso di ritenere estensibile al professionista forense il rigore già affermato nei confronti del medico, ora nel senso più circoscritto di distinguere i due ambiti facendo leva sulla diversità delle due prestazioni medica e forense e sull'intervento in gioco – ai fini della vittoria giudiziale – di fattori spesso esterni all'attività difensiva. Questa tesi ha trovato conferma nella sentenza, seppur isolata, della Corte di Cassazione del 16 ottobre 2008 n. 25266 che – conformemente al modello classico di responsabilità – riconosce integralmente gravante in capo all'attore l'onere della prova dell'inadempimento o inesatto adempimento ai fini della sussistenza della responsabilità del professionista forense.

4. Cenni sulla responsabilità dell'avvocato negli ordinamenti di *common law*

Nell'ordinamento di *common law* il tema della responsabilità per *professional negligence* si incentra, conformemente alle ordinarie regole in tema di *tort liability*, sull'accertamento giudiziale della sussistenza, in capo al professionista, del c.d. *duty of care*⁷⁶ ossia del dovere di diligenza la cui violazione è fonte di responsabilità⁷⁷.

Questo accertamento presuppone la considerazione preliminare circa la particolare posizione del professionista di cui va valutata la condotta in base alle regole proprie della professione esercitabile.

!

⁷⁵ Cass. 16 ottobre 2008, n. 25266.

⁷⁶ Sui presupposti della responsabilità per *tort* in *common law* v. diffusamente SERIO, *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, Giappichelli, 2007.

⁷⁷ In dottrina è merito di WINFIELD, *The province of law of tort*, 1931, l'introduzione di un generale *duty of care* derivante dalla legge (letteralmente *fixed by the law*) quale fondamento generatore di responsabilità per *tort*.

Ecco perché l'ordinamento inglese tratta – per coerenza sistematica – separatamente la materia della responsabilità medica rispetto a quella del professionista forense⁷⁸: i giudici inglesi circoscrivono la loro indagine, ai fini della verifica dei presupposti di affermazione della responsabilità, alla posizione attiva del soggetto tenuto all'osservanza di uno specifico standard di condotta, ed all'analisi delle possibilità concrete, dal punto di vista del soggetto agente, di evitare le conseguenze dannose, piuttosto che soffermarsi, come avviene nell'ordinamento italiano⁷⁹, sulla condotta intesa in senso 'neutrale', con la valutazione della sussistenza dei suoi elementi costitutivi di fatto, evento e nesso di causalità in base all'«*id quod plerumque accidit*», attraverso un'analisi oggettiva e spersonalizzata dell'intera vicenda di sospetta illiceità.

Ciò premesso, come già accennato con riferimento all'ordinamento italiano, nel *common law*, in materia di responsabilità del professionista forense, il *tort of negligence* non rappresenta l'unica strada esperibile dal danneggiato, atteso che di regola il *solicitor* è vincolato con il cliente da una relazione giuridica di natura contrattuale. Pertanto la strada principe è rappresentata dalla tutela contrattuale. Tuttavia possono configurarsi ipotesi in cui, al di fuori del rapporto contrattuale, egli sia responsabile in *tort* per *negligent misstatements*.

Un caso tipico è regolato dal noto, e ormai datato, precedente *Ross v Caunters* del 1980⁸⁰, in cui i difensori del convenuto redassero un testamento, di cui l'attrice era la beneficiaria. I legali inviarono il testamento alla persona che li aveva incaricati, ma non si curarono di avvisarla che di esso non sarebbe potuto essere testimone il coniuge della beneficiaria, pena la perdita del lascito. Così l'attrice del giudizio perse il beneficio: la Corte stabilì che un *solicitor* possa essere responsabile in *negligence* nei confronti di persone che non sono suoi clienti, citando a fondamento della pronuncia sia il precedente *Hedley Byrne & Co. v Heller and Partners*⁸¹ del 1964 sia il celebre caso *Donoghue v Stevenson*⁸² del 1932. In particolare trovò applicazione la *ratio decidendi* di quest'ultimo caso, essendo l'attrice una persona così prossimamente e direttamente interessata all'attività dei *solicitors* del convenuto da essere ragionevolmente prevedibile il danno ad essa arrecato da ogni azione o omissione di essi.

La decisione resa nel caso *Ross v Caunters* venne confermata dalla decisione della House of Lords nel caso *White v Jones*⁸³ del 1995, nel quale le attrici erano state escluse dal testamento del padre, nonostante questi, a seguito della riconciliazione con esse, avesse dato incarico al legale di reinserirle. Sfortunatamente, i *solicitors* ritardarono di sei settimane l'adempimento del mandato professionale e impedirono la realizzazione della volontà del testatore, che, nel frattempo, era deceduto. La Corte riconobbe la responsabilità dei *solicitors*, ravvisando in capo ad essi un *duty of care* nei confronti delle

⁷⁸ Così come considera a parte la responsabilità dei ragionieri e revisori dei conti (*accountants and auditors*).

⁷⁹ In cui la responsabilità extracontrattuale si fonda sull'art. 2043 c.c., su cui vedi Serio, *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, cit., 53 ss.

⁸⁰ *Ross v Caunters* (1980) 1 Ch 297.

⁸¹ *Hedley Byrne & Co. v Heller and Partners* (1964) AC 465.

⁸² *Donoghue v. Stevenson* (1932) UKHL 100.

⁸³ *White v. Jones* (1995) 1 All ER 691.

figlie come potenziali beneficiarie. Il danno per le attrici era ragionevolmente prevedibile e il *duty of care* era stato violato dall'omissione di una attività sollecita.

I *barristers* non sono legati da un rapporto contrattuale con il cliente, che è la persona da loro rappresentata; neppure essi rispondono per *tort* in ordine al modo, alla strategia con cui esercitano il proprio patrocinio giudiziale. Questo avviene per motivi di *policy*, in quanto il *duty of care* rispetto alla Corte è considerato superiore rispetto allo stesso dovere nei confronti del cliente e il primo dev'essere anteposto al secondo, come è stato affermato nel caso *Rondel v Worsley*⁸⁴ del 1969. In un successivo caso, *Saif Ali v Sidney Mitchell*⁸⁵ del 1980 fu stabilito che un *barrister* non può essere considerato responsabile per quanto attiene al modo di svolgere la propria difesa dinanzi alla Corte, né per la condotta anteriore al processo connessa con lo svolgimento della difesa dinanzi alla Corte. Comunque, egli può essere dichiarato responsabile in *tort* per *negligent opinions* per un parere formulato per iscritto se non si riscontra alcun errore nel ruolo del *solicitor* che gli ha conferito il mandato a renderlo.

Ulteriori limiti all'immunità dei *solicitors* possono essere ravvisati nel caso *Arthur JR Hall & Co. v Simons* (2000), nel quale i *solicitors* citati in giudizio tentarono di fare affidamento sul precedente caso *Rondel v Worsley*. La House of Lords in quella occasione affermò che gli argomenti di *public policy* in favore dell'esclusione di responsabilità non fossero più validi e che il caso *Rondel v Worsley* non potesse essere confermato. Si ritenne che le Corti fossero in grado di distinguere tra gli errori che rappresentavano una parte inevitabile del patrocinio e la vera negligenza così da scoraggiare un *floodgate* di azioni per responsabilità professionale; questa decisione ha rimosso l'immunità professionale con riferimento sia ai processi penali sia a quelli civili.

Gli avvocati possono altresì essere dichiarati responsabili per il danno c.d. psichiatrico (*psychiatric injury*) derivante dalla loro negligenza professionale. In particolare, nel caso *McLoughlin v Jones*⁸⁶ del 2001, l'attore, che era stato ingiustamente condannato e imprigionato a causa della negligenza del suo difensore, fu in grado di ottenere il risarcimento del danno consistente nel trauma psicologico conseguente alla condanna.

Un tema interessante di creazione dell'*equity*⁸⁷, ripreso dalla dottrina e dalla giurisprudenza americana degli anni '50, è quello della responsabilità del *solicitor-trustee*, beneficiario di un trust creato attraverso un testamento⁸⁸. Un'ipotesi particolare è quella del *solicitor* che agisce contestualmente come *solicitor* e *trustee* dello stesso *trust*, con il compito di informare gli altri *co-trustees* ed i beneficiari del *trust* dei loro

!

⁸⁴ *Rondel v Worsley* (1969) 1 AC 191, secondo cui l'avvocato ha il dovere (in positivo) di collaborare con la Corte per l'efficiente amministrazione della giustizia, piuttosto che un mero dovere (in negativo) di astenersi da comportamenti che ostacolano o impediscono l'amministrazione della giustizia.

⁸⁵ *Saif Ali v Sidney Mitchell* (1980) AC 198, riguardante il tema dell'immunità in relazione al lavoro svolto da un *barrister* fuori dall'aula giudiziaria e sull'esistenza di un dovere contrattuale di esercitare un ragionevole e competente livello di abilità. Su questo tema v. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, Cedam 2002, 110 ss.

⁸⁶ *McLoughlin v Jones* (2001) EWCA Civ 1743.

⁸⁷ Sistema giurisdizionale del Regno d'Inghilterra, parallelo al sistema di *common law*, che ebbe un ruolo di primo piano nella formazione del diritto inglese tra i secoli XV e XIX.

⁸⁸ V. W. GIBBON, *Barrister in Saint John, The liability of the solicitor-trustee*, in 4 U.N.B. *Law School Journal*, 10, 1950-1951.

diritti, doveri e responsabilità derivanti dal *trust*⁸⁹. La peculiarità di questa fattispecie, nella quale concorrono responsabilità civile e penale, è che, in sede civile, sotto il profilo della violazione del *breach of trust*, la qualità di *solicitor* di un *trustee* comporta la deroga al principio della eguale responsabilità di tutti i *trustees* nei confronti dei beneficiari del *trust* nel caso di perdite economiche derivanti dall'aver seguito i consigli di un altro *trustee*. Al contrario, nel caso di *trustee* che svolge specificamente l'attività professionale di *solicitor* nell'ambito dell'amministrazione del *trust*, egli risponde per *breach of trust* nei confronti degli altri che hanno fatto incolpevole affidamento sul suo parere erroneamente reso, con conseguente obbligo di risarcimento, costituente per il danneggiato un vero e proprio *right to indemnity*⁹⁰.

5. Considerazioni conclusive

Ponendo a raffronto il sistema di responsabilità professionale dell'ordinamento italiano e quello di *common law*, non può sfuggire – al di là delle apparenti antinomie sul piano delle *legal categories*⁹¹ – la riproposizione del doppio binario di tutela, contrattuale ed extracontrattuale, la cui coesistenza, più che una vera e propria disputa teorica di carattere tecnico-giuridico, appare una scelta di *public policy* attuata dal formante giurisprudenziale in entrambi i sistemi.

Da un canto, nel sistema italiano la crescente preferenza mostrata nella prassi giurisprudenziale nei confronti della tutela contrattuale è nata da una prospettiva di *favor creditoris*, con fondamentali ripercussioni sulle regole in materia di onere probatorio, pur comportando – almeno originariamente – ben precisi limiti al *quantum* del risarcimento.

Così l'esame della giurisprudenza di legittimità denota – a partire dagli anni '80 – la tendenza ad estendere l'area della risarcibilità dei danni da responsabilità professionale che si concretizza nella semplificazione dell'onere della prova della negligenza del professionista, con la qualificazione in senso contrattuale della responsabilità professionale, nonché, per altro verso, nella progressiva crescita di rilevanza della figura

!

⁸⁹ Il *trust* è un istituto di creazione equitativa, che serve a regolare una molteplicità di rapporti giuridici di natura patrimoniale e che vede protagonisti tre soggetti: il disponente (o *settlor* o *grantor*), cioè colui che promuove o istituisce il *trust*, l'amministratore-gestore dei beni oggetto del *trust* (*trustee*), il quale ha il potere-dovere di gestirli secondo le "regole" del *trust* fissate dal disponente, ed il beneficiario (*beneficiary*), destinatario dei frutti del *trust*. Sul tema v. GAMBARO-SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da Rodolfo Sacco, Utet, 2008, 74 ss.; GAMBARO, voce *Trust*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., 449 ss.; ID., *Il trust in Italia e in Francia*, in *Studi in onore di R. Sacco*, Milano, 1994, I, vol. XIX, 495; CORAPI, *Introduzione a G. C. Chesbire, Il concetto di trust secondo la Common Law inglese* (1933), con traduzione di Grassetti, Torino, 1998, 75 ss.; FRANCESCHELLI, *Trust nel diritto inglese*, Padova, 1935; GRAZIADEI, voce *Trust nel diritto anglo-americano*, in *Digesto disc. priv.*, sez. comm., vol. XVI, 1999, 256; ID., *Diritti nell'interesse altrui: undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1996, 562 ss.; LUPOI, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Milano, 1971; ID., *Trusts. A comparative study*, Cambridge University Press, 2000; ID., *I trust nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Rodolfo Sacco, *I Diritti reali*, II, Torino, 2004.

⁹⁰ V. *Hammond v. Walker* (1854) 3 Jur. N.S. 686.

⁹¹ Sulle quali v. SERIO, *Il ricorso alle legal categories nell'esperienza del diritto privato inglese*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 2, 511 ss.

del danno non patrimoniale e, come visto nella presente analisi, nel recupero dell'intramontabile strumento della responsabilità extracontrattuale, certamente più satisfattivo delle pretese risarcitorie delle vittime, con progressiva maggiore centralità del nesso di causalità sussistente tra condotta illecita ed evento lesivo.

Spostandoci nel sistema di *common law* il consolidamento della responsabilità professionale come responsabilità extracontrattuale, secondo un processo speculare e opposto a quello italiano – che si è storicamente realizzato attraverso l'estensione dell'uso del *writ of trespass* in ipotesi tradizionalmente regolate dal *writ of assumpsit* – si inserisce nell'identica prospettiva di *favor* nei confronti del paziente-danneggiato. E ciò avuto riguardo sia all'ampiezza del modello di illecito extracontrattuale fondato sul *tort of negligence*, che ha consentito l'allargamento dell'area della responsabilità medica, pur con forti limitazioni in ordine al danno risarcibile⁹², sia “*a converso*” avuto riguardo al superamento dei rigorosi presupposti della responsabilità contrattuale in *common law*, primo fra tutti la *consideration*, la cui esistenza nella mole crescente di controversie attinenti ad episodi di “*medical or legal malpractice*” non è sempre di agevole dimostrazione.

Pur tuttavia – ferma restando l'esistenza di *technicalities* processuali diametralmente opposte nei due ordinamenti, ossia, nell'ordinamento inglese, le maggiori difficoltà probatorie, relativamente al requisito fondamentale della *consideration*⁹³, in sede di accertamento della responsabilità contrattuale a fronte delle preclusioni in ordine al danno risarcibile⁹⁴ nell'ambito della responsabilità per *tort* e, nell'ordinamento italiano, la minore ampiezza dell'azione di responsabilità contrattuale⁹⁵ sotto il profilo del danno risarcibile a fronte delle agevolazioni sul piano probatorio per la vittima – si assiste, in questa materia, ad un graduale processo di avvicinamento tra i due ordinamenti considerati nel senso della concorrenza tra le due forme di responsabilità, con una tendenza alla rivalutazione della più versatile tutela contrattuale.

!

⁹² Si allude all'esclusione della risarcibilità in ambito extracontrattuale delle *pure economic losses*, con l'eccezione del noto caso, deciso nel 1995 dalla House of Lords, *White v Jones*, 1995, cit.

⁹³ Su questi temi V. SERIO, *Osservazioni sulla responsabilità medica in diritto italiano e in diritto inglese*, 111 ss., in R. CERAMI (a cura di), *La responsabilità del medico, tra garanzia della salute e tutela della professione sanitaria*, Giuffrè, 2012.

⁹⁴ Si allude all'*exclusionary rule*, regola radicata nella tradizione giuridica inglese che limita il risarcimento in *tort* ai danni conseguenti alla lesione di beni primari, quali la persona e la proprietà. Cfr. M. BUSSANI-V.V. PALMER, *The notion of pure economic losses and its settings*, in ID. (a cura di), *Pure economic loss in Europe*, Cambridge, 2003, 21 ss.; M. BUSSANI-V. PALMER-F. PARISI, *Liability for Pure Financial Loss in Europe: An Economic Restatement*, in 51 *Am. J. Comp. L.*, 113 ss.; V. PALMER, *The comparative law and economics of pure economic loss*, in *International Review of Law and Economics*, 2007, 29 ss.; J.R. GORDLEY, *The Rule Against Recovery*, in *Negligence for Pure Economic Loss: An Historical Accident?*, in M. BUSSANI-V. PALMER (a cura di), *Pure economic loss in Europe*, Cambridge, 2003; J. STAPLETON, *Extra-contractual Recovery of Pure Economic Loss in Europe*, in M. BUSSANI (a cura di), *European Tort Law: Eastern & Western Perspectives*, Sellier, 2006.

⁹⁵ Per una riflessione sulle regole in materia di responsabilità contrattuale v. SERIO, *La tutela della parte adempiente: il principio di effettività del rimedio risarcitorio e la sua attuazione negli ordinamenti nazionali*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1073 ss.